

## Avancées du droit communautaire dans les procédures collectives du secteur financier

par André Prüm,

Professeur à la Faculté de droit de Nancy,  
Directeur du Centre de Recherche de Droit Privé

À une conjoncture économique actuelle incite à s'intéresser aux récents et importants développements du droit communautaire dans le domaine des procédures collectives. Après l'échec de la Convention européenne relative aux procédures d'insolvabilité, (1) l'entrée en vigueur, le 31 mai dernier, du règlement européen 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 (2) régissant ces mêmes procédures représente, sans conteste, l'avancée la plus significative. Dans son sillage, ont été adoptées, moins d'une année après, la directive 2001/17 du Parlement européen et du Conseil du 19 mars 2001 concernant l'assainissement et la liquidation des entreprises d'assurances (3) et la directive 2001/24 du Parlement européen et du Conseil du 4 avril 2001 concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit, (4) les premiers comme les seconds étant expressément exclus du champ d'application du règlement. (5)

Parallèlement à ces textes, la législation s'est enrichie d'une série de dispositions qui, sans avoir immédiatement pour objet les procédures collectives, les concernent directement en ce sens qu'elles visent principalement d'en neutraliser les effets. Tel est le cas d'abord de la directive 98/26/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 1998 concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres (6) qui tend à prémunir les systèmes en question contre la faillite d'un intervenant. Un objectif analogue est poursuivi par la toute récente directive 2002/47 du Parlement européen et du Conseil sur les contrats de garantie financière, adoptée le 6 juin dernier. (7)

Notre propos n'est point évidemment de présenter en détail ici ces nouvelles règles mais plus modestement de relever certaines de leurs incidences qui nous paraissent importantes pour le secteur financier. Deux orientations, caractérisant la construction communautaire, méritent à cet effet d'être mises en évidence.

1° Tout d'abord, celle-ci repose sur une **approche essentiellement conflictualiste**, destinée à résoudre les difficultés relatives à la détermination des lois et de juridictions compétentes pour régir des « faillites » transfrontières dans l'espace européen. Les divergences constatées au niveau des procédures collectives en vigueur dans les différents États membres rendait vaine, en effet, toute tentative de rapprochement de leur régime. Il fallait donc se contenter d'une « simple » harmonisation des règles de droit international privé.

Celle-ci a été entreprise logiquement sur un modèle universaliste et unitaire de la faillite, seul conforme à l'esprit du marché intérieur. Faisant preuve d'un réalisme de bon aloi, le législateur

### Une solution pragmatique entre universalisme et territorialité de la « faillite »

(1) Convention européenne relative aux procédures d'insolvabilité signée à Bruxelles les 23 novembre 1995 dont le Royaume-Uni a empêché l'entrée en vigueur pour des raisons d'ailleurs totalement étrangères au contenu même de la Convention.

(2) JOCE n° L 160, 30 juin 2000, p. 1.

(3) JOCE n° L 110, 20 avr. 2001, p. 28.

(4) JOCE n° E 125, 5 mai 2001, p. 15, pour un commentaire détaillé de celle-ci voir l'excellent article de J.-P. Deguée, dans la Euredia, Bruylant Bruxelles, 2001-2002/1, p. 241.

(5) Th. Bonneau, Assainissement et liquidation des établissements de crédit et des entreprises d'assurances. : Des relations du droit commun et du droit spécial : Rev. pr. coll., juill. 2001, p. 129.

(6) JOCE n° L-166, 11 juin 1998, p. 45 ; D. Dévos, La directive européenne du 19 mai 1998 concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres, Euredia, 1999, Bruylant, Bruxelles, p. 149 ; P. Bloch, La directive 98/26/CE concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres, in Mélanges AEDBF - France II, 1999, p. 49.

(7) JOCE n° L 168, 27 juin 2002, p. 43.

## Avancées du droit communautaire

### dans les procédures collectives du secteur financier (suite)

#### Des dérogations en faveur du secteur financier

n'a pas voulu exclure pour autant l'ouverture de toute « faillite » (8) secondaire dans un autre État que celui de la procédure principale. Mais une telle procédure est permise uniquement dans les États où le débiteur dispose d'un véritable « établissement », défini comme étant « un lieu d'opérations où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens ». (9) De cette notion dépend dès lors l'équilibre recherché entre un pur système universaliste et unitaire, tel qu'il est pratiqué notamment par les jurisprudences belge et luxembourgeoise et la conception territorialiste et parcellaire de la faillite admise dans la plupart des pays européens dont la France. Le compromis paraît a priori satisfaisant, d'abord parce qu'il permet d'avoir égard à des intérêts locaux lorsqu'ils sont attachés à une présence suffisamment concrète du débiteur dans le pays concerné, ensuite parce qu'il facilite la gestion de faillites complexes qui ne peuvent faire fi de l'existence de succursales ou d'autres établissements stables du débiteur en dehors du pays de son centre des intérêts principaux. L'on regrettera simplement que le législateur communautaire n'ait pas poussé plus loin cette vision réaliste en l'appliquant également aux groupes de sociétés. Cette lacune, certes délicate à combler, diminue l'effet utile du règlement et surtout des directives relatives à l'assainissement et à la liquidation des entreprises d'assurances et des banques.

Les solutions apportées aux conflits de lois et de juridictions par le règlement et les deux directives précitées n'ont pas empêché le législateur communautaire d'assortir certaines règles de l'efficacité plus tangible des normes de droit matériel. Tel est le cas, en particulier, des dispositions – qui devraient tout particulièrement intéresser les banques – consacrées aux **sûretés réelles** sur des biens situés, au moment de l'ouverture de la procédure, sur le territoire d'un autre État membre. Contrairement, en effet, à la solution communément admise en droit international privé, consistant en une application distributive de la *lex rei sitae* et de la *lex concursus* à ces sûretés, le nouveau régime communautaire prémunit leurs titulaires contre toute restriction à l'exercice de leurs droits résultant tant de la *lex fori concursus* que des règles gouvernant les procédures collectives de la *lex rei sitae*. Il s'agit là d'une immunité particulièrement protectrice du crédit puisqu'elle n'est susceptible d'être contestée que dans deux hypothèses étroitement limitées. Tel est le cas évidemment lorsque la sûreté est atteinte de nullité ou d'inopposabilité en raison de son atteinte inadmissible à l'égalité des créanciers. Le règlement autant que les deux directives exigent cependant que cette sanction ne résulte pas uniquement de la *lex fori concursus* mais s'impose aussi au regard, selon les cas, de la *lex contractus* ou de la *lex rei sitae*. À défaut, seule l'ouverture d'une procédure secondaire dans l'État où se trouvait le bien grevé au moment de la constitution de la sûreté permet de remettre en cause la sûreté. Cette hypothèse ne concerne cependant que les procédures régies par le règlement, les directives spécifiques aux entreprises d'assurances et aux établissements de crédit excluant, comme nous allons l'observer ci-dessous, toute procédure secondaire.

En affranchissant les titulaires de sûretés réelles grevant des biens situés à l'extérieur de l'État où se trouve ouverte une procédure principale ou secondaire des exigences d'opposabilité posées par la *lex fori concursus* aussi bien que par les règles régissant la faillite dans la *lex rei sitae*, cette solution a le mérite de la simplicité et de l'efficacité. Elle se montre, en revanche, peu respectueuse des intérêts des autres créanciers, y compris privilégiés. En se distançant des règles traditionnelles du droit international privé, elle aboutit au surplus à la situation paradoxale que ces derniers se trouvent dorénavant moins bien protégés lorsqu'ils font partie d'une procédure collective ouverte en Europe que si celle-ci est déclarée à l'extérieur de la Communauté. Ce résultat ne paraît guère en adéquation avec l'objectif recherché d'une plus grande intégration du marché intérieur.

2° En second lieu, la nouvelle construction européenne est gouvernée par le souci de soustraire, autant que possible, le secteur financier aux régimes de droit commun des procédures collectives, d'origine communautaire ou nationale.

Cet objectif apparaît d'abord dans le règlement qui prend soin d'exclure de son champ d'application, outre les entreprises d'assurances et les établissements de crédit, les entreprises d'investissement détenant des fonds ou des valeurs mobilières pour le compte de tiers ainsi que les organismes de placement collectif. L'on remarquera au passage que ni les entreprises d'investissement, ni les OPC ne bénéficient pour autant d'un régime spécifique à l'instar de celui offert aux assurances et aux banques. Ils restent ainsi en prise aux divergences qui caractérisent les solutions du droit international privé en vigueur dans les différents États membres. La détermination de ménager aux acteurs du secteur financier des règles spécifiques et, à certains égards dérogoires du

(8) Au sens le plus large, c'est-à-dire comprenant aussi bien les procédures d'assainissement que de liquidation

(9) Règl., art. 2 g.

droit commun, s'est concrétisé par la suite dans les directives particulières qui leurs sont consacrées, que nous avons évoquées ci-dessus.

La tendance peut se recommander d'abord du système de surveillance centralisé qui s'applique aux banques comme aux entreprises d'assurances. La compétence reconnue dans ce cadre aux autorités du pays d'origine repose sur une conception unitaire des entreprises surveillées. Il aurait été malvenu de briser cette unité en cas de procédure collective en admettant l'ouverture de procédures secondaires dans les États membres où ces entreprises disposent d'une succursale. D'un point de vue économique, de telles procédures auraient d'ailleurs probablement eu peu de sens alors que les succursales de banques et de compagnies d'assurance ne sont en principe dotées que d'actifs limités. Sur un plan organisationnel, elles auraient risqué de ruiner tous efforts des autorités administratives ou judiciaires du pays d'origine pour prévenir ou résoudre dans les meilleurs conditions les situations d'insolvabilité. (10)

L'on peut même regretter que le législateur communautaire n'ait pas osé s'appuyer davantage sur l'organisation des mécanismes de contrôle des banques et des assurances, fondée sur la reconnaissance mutuelle, pour dépasser l'approche conflictualiste que les directives régissant leur insolvabilité ont hérité du règlement. En l'état celles-ci se révèlent, en effet, inaptés à favoriser réellement l'assainissement des entreprises visées. Pire, les exigences de publicité prévues par la directive consacrée aux établissements de crédit à propos des mesures, administratives ou judiciaires, susceptibles d'affecter les droits de tiers situés dans d'autres États membres que celui où la procédure est ouverte pourraient bien compromettre toute chance de redressement. Une harmonisation minimale des procédures d'assainissement et, en particulier, des mesures non judiciaires, ainsi qu'une claire répartition des compétences entre les autorités judiciaires et administratives auraient été d'une grande utilité.

La justification principale du caractère dérogatoire des règles réservées au secteur financier tient à la nécessité de préserver la stabilité du système financier dans son ensemble. À cet effet, la directive concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit prend soin de prémunir contre les incidences de la *lex fori concursus* certaines conventions, particulièrement sensibles au risque systémique. Tel est le cas des conventions de compensation et de novation, des conventions de mise en pension ainsi que de toutes les transactions effectuées dans le cadre d'un marché réglementé. Dans la mesure où elles s'inscrivent dans un système de paiement ou de règlement des opérations sur titres, ces opérations étaient déjà visées par la directive du 19 mai 1998 concernant le caractère définitif du règlement dans ces systèmes. Elles sont couvertes aujourd'hui à nouveau par la toute récente directive sur les contrats de garantie financière. L'une et l'autre ne se contentent cependant pas, à l'instar de la directive 2001/24, de soumettre ces conventions à la *lex contractus*. Elles tendent, au contraire, à garantir directement leur efficacité dans l'ensemble des droits des États membres dont elles prévoient, à cette fin, l'harmonisation. L'enchevêtrement de ces régimes avec la règle de droit international privé posée par la directive sur l'insolvabilité des banques rend leur interprétation particulièrement délicate. S'il apparaît que la protection offerte par les règles de droit matériel peut, dans certains cas, se combiner utilement avec la compétence exclusive de la *lex contractus*, il n'en demeure pas moins que l'éclatement du régime de ces conventions entre trois directives distinctes est source d'incohérences et partant d'insécurité juridique. (11)

Le risque d'une répercussion en chaîne provoquée par la défaillance d'une banque se trouve, par ailleurs, conjuré par l'immunisation des sûretés réelles constituées sur des biens situés, au moment de l'ouverture de la procédure, sur le territoire d'un autre État membre. Si cette solution se retrouve également dans le règlement, comme cela a été observé ci-dessus, elle confère aux créanciers d'une banque, munis de telles sûretés, une protection d'autant plus forte qu'ils se trouvent à l'abri de l'ouverture de toute procédure secondaire. Rien ne les retiendra dès lors de réaliser librement les biens grevés et d'en encaisser le produit sans devoir tenir compte de quelconques privilèges. L'on imagine aisément que les professionnels du secteur financier sauront en tirer avantage dans leurs relations réciproques.

Les avantages réservés de la sorte aux acteurs ainsi qu'à certaines activités du secteur financier doivent préserver la solidité dans son ensemble. Ils devraient ainsi bénéficier non seulement à tous les déposants et investisseurs mais plus généralement à l'économie toute entière, ce qui en constitue en même temps la justification.

(10) J.-P. Deguée, Le particularisme des procédures collectives dans le domaine des établissements de crédit, in *Faillite et concordat judiciaire, un droit aux contours incertains et aux interférences multiples*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 115, spécialement n° 19 et s.

(11) Ce danger est accentué en particulier par le fait que les trois directives reposent sur des notions différentes dont certaines sont loin de présenter la clarté indispensable aux normes juridiques (cf. en particulier la directive 2002/47 sur les contrats de garantie financière).